✠

POR

EL LIC. D. GASPAR DE LA Plaza Inga, Consultor de el Santo Oficio, Abogado de los Reales Consejos.

CON

EL LIC. GONZALO MARTIN del Castillo, Presbitero, y sus testamentarios. Y D. Rodrigo de Eslaba, Racionero de la S. Iglesia de Malaga.

SOBRE

La fundacion de vna Capellania, que mandò fundar por su testamento el Lic. Baltasar Gutierrez del Canto. Y la restitucion de reditos indeuidos, que por razon de la dicha Capellania ha cobrado el dicho Gonçalo Martin, a titulo de Capellan della.

PRetende D. Gaspar, que V.S.I. deue confirmar las dos sentencias de su fauor, vna del Ordinario de Malaga, otra del Doctor Don Domingo Sanchez de Arroyo, Iuez, y Protonotario Apostolico en esta Corte, que la confirma: en que se manda fundar la dicha Capellania de cien ducados de principal de dos años de reditos

del censo de mil ducados, que possee Don Gaspar, como heredero del dicho Baltasar Gutierrez del Canto. Y se condena al dicho Gõçalo Martin, a q̃ le buelua, y restituya 826. ducados de reditos, cõ los demas q̃ hasta el dia delos executoriales huuiere cobrado a titulo, y color de Capellã de la dicha Capellania subrepticiamente, baxandole dellos la limosna de las Missas, que huuiere dicho: y en que se reuoca la sentencia contraria del Doctor Don Rodrigo de Miranda, Iuez Sinodal de Malága: con las especialidades, que en las dichas sentencias se refieren.

Este pleyto se resuelue en dos Articulos principales.

El primero, que la disposicion del testador en el legado de la Capellania, fue taxatiua, por lo qual auiendo faltado la assignacion, no està obligado el heredero a darla de otros bienes.

El segundo, que el Licenciado Gonçalo Martin fue posseedor de mala fee, intruso, y subrepticio, por lo qual no hizo suyos lo reditos, que ha cobrado, y los deue restituir enteramente a D. Gaspar, de cuyos bienes los percibiò.

El hecho es destos autos, que por el año passado de 1599. el Lic. Baltasar Gutierrez del Canto, en el testamento cerrado con que muriò, hizo las clausulas siguientes entre otras.

Fol. 4. & 27. Iten, ordeno, y mando, que desde el dia en que yo muriere, hasta en dos años cumplidos corra vn censo que yo tengo sobre la viña, que vendi de la cuesta de Granadilla al Doctor Bernardo de la Plaza, que es cada año 183. ducados: *y la suma toda que montare este redito de dos años del dicho censo*, quiero, y es mi voluntad, que se junte, y junto se imponga sobre buenas possessiones en personas legas, llanas, y abonadas, *para que lo que rentare esta dicha cantidad del dicho redito*

de

de los dichos dos años, se instituya, y desde aora si es necessario, la instituyo, y fundo vna Capellania perpetua, con obligacion de seis Missas cada mes, &c. Y mando, que el Capellan que ha de seruir esta Capellania *sea el Lic. Gonçalo Martin del Castillo* mientras viuiere, y despues de sus dias, entre en ella el pariente mas cercano mio, &c.

Fol. 4. Iten, por quanto en este testamento dexo nombrado Capellan, y al presente està muy bien acomodado, y conforme a su virtud cada dia lo estarà mas, y por el consiguiente està cargado de Capellanias, y Missas: *Ordeno, y mando, que si Piñero, Cura que al presente es en la Pizarra, quisiere venir à viuir a Malaga, donde cumpla las obligaciones de la dicha Capellania, sea Capellan mientras viuiere*; y despues de sus dias, suceda el pariente mas cercano mio, &c.

Fol. 4. Primeramente *ordeno, y mando, que si alguno de los nietos de Teresa Gutierrez mi hermana, muger de Pedro Diaz de Vaena, quisiere ser Clerigo, y lo fuere actualmente, desde el dia que lo fuere de Missa, sea Capellan de la Capellania, que tengo instituida: y con esta condicion la tenga el que la siruiere en el interin q̃ no fuere de Missa qualquiera de los nietos de la dicha mi hermana, &c.*

Fol. 30. Y cumplido, y pagado este mi testamento, en el remanente de mis bienes, derechos, y acciones, que tengo, y tuuiere hasta el dia de mi muerte, *nombro por mi vniuersal heredera à Maria de la Plaza, hija del Doctor Bernardo de la Plaza, y de Doña Isabel del Canto su muger*, la qual quiero que aya, y herede los dichos mis bienes, con cargo de la dicha Capellania, como dicho es, y paga de las deudas que he declarado.

Fol. 30. Iten, por quanto yo he instituido por mi vniuersal heredera a Maria de la Plaza, hija del Doctor Plaza: *digo, y declaro, que es mi voluntad, que si muriere dentro de la edad pupilar, que no pueda testar, ò sin testar, que en*

tal

tal caso, quiero, que sus hermanos si los tuuiere, ayan, y hereden por iguales partes todo lo que ella huuiere auido de mi por herencia, y en otra qualquier manera.

Fol. 30. Iten, por quanto en este testamento dexo instituida en cierta forma vna Capellania, y me parece me oluidè de nombrar Patron della, *digo, declaro, y mando, que sean Patronos mis herederos instituidos, &c.*

Fol. 264. Parece que auiendo sucedido Maria de la Plaza, por su muerte, y de otros dos hermanos, sucediò Don Gaspar de la Plaza en esta herencia, y en el Patronato de dicha Capellania.

Fol. 14. El año de 1614. Doña Isabel del Canto, viuda del Doctor Bernardo de la Plaza, a instancia del dicho Gonçalo Martin, otorgò vna escritura publica, en que dixo, que atento que por el testamento del dicho Baltasar Gutierrez del Canto auia mandado fundar vna Capellania, y nombrado por Capellan perpetuo al dicho Gonçalo Martin, en cumplimiento de aquella voluntad le nombraua por tal Capellan por todos los dias de su vida, y le fundaua por dote de la Capellania vn censo de 364. ducados de principal, que imponia, y cargaua en la viña de Granadilla, que auia quedado por muerte del dicho Doctor Plaza, y assimismo se obligaua de pagarle todos los reditos correspondientes desde la muerte del testador, hasta aquel dia, de los quales le diò libramiento sobre bienes de D. Gaspar, donde con efecto los cobrò, como los demas que fueron corriendo adelante. No haze mencion de las clausulas reuocatorias deste nombramiento, ni dize porque titulo haze este acto.

Fol. 5. & 20. Desde el año de 1610. auia concurso de acreedores a la viña de Granadilla, por hipotecas, y deudas del dicho testador, y del dicho Doctor Plaza, en el qual se opuso el dicho D. Gaspar, y sus hermanos, como herederos del dicho testador, por 19U500. reales de reditos

tos corridos desde el dia de su muerte, del censo procediente de la venta de la dicha viña contra el dicho Doctor Plaza, y por el principal del dicho censo, que importaua 2630. ducados. Y assimismo el año de 1623. se opuso al dicho concurso el dicho Gonçalo Martin, como Capellan de la dicha Capellania, por 500. reales de reditos restantes del censo, que le auia impuesto a su fauor Doña Isabel del Canto, sobre la dicha viña de Granadilla el año de 614.

Fol.24. El año de 624. huuo sentencia de graduacion, que passò en cosa juzgada, por la qual despues de preferidos quatro acreedores del dicho testador, en el quinto grado fueron preferidos el dicho D. Gaspar, y sus hermanos, por el dicho censo principal, y los dichos 19U500. reales de reditos: y en el dezimo grado fue preferido el dicho Gõçalo Martin por los dichos 500. reales de su credito, y por el censo principal de que procedian, conforme a su antelacion, y en execucion de la dicha sentencia, se vendiò en almoneda publica la viña de Granadilla, y se rematò en 2450. ducados en Iuan de Montiel, como mayor ponedor, de los quales auiendose hecho pago a los acreedores anteriores, restaron para el credito de Don Gaspar, y sus hermanos, mil ducados, los quales dexaron a censo en el mismo comprador, sobre el mismo fundo de Granadilla.

Fol.19. El año de 1628. el dicho Gonçalo Martin, ante el Ordinario de Malaga hizo pedimiento, diziendo, que D. Gaspar, y sus hermanos auian cobrado en el dicho concurso todos los 19U500. reales de reditos, que auiã corrido desde la muerte del testador contra el Doctor Plaza, en los quales estauan inclusos aquellos dos primeros años de reditos, que auia assignado para la dotacion de la Capellania, la qual no estaua hecha, y assi auian de ser compelidos a darla, con todos los redi-

tos que pudo rentar, desde que tuuieron obligacion a hazerla, que le eran deuidos como a Capellan legitimo de la dicha Capellania: estando ausente Don Gaspar en sus estudios, se sustanciò con vn curador ad litem de sus dos hermanos menores, nombrado para ello, y obtuuo autos, en que se mandò, que Iuan de Montiel en el censo de mil ducados, q̃ les deuia, otorgasse reconocimiento en fauor de Gonçalo Martin, como tal Capellan, por 6649. reales del principal, y reditos de la Capellania: y sin embargo, que Montiel se defendiò, alegando, que no era legitimo Capellan, y que se auia intrometido subrepticiamente, y otras defensas, el Iuez le cõpeliò con censuras, sin embargo q̃ apelò dellas, y en efecto otorgò el dicho reconocimiento por la dicha cantidad, de la qual le ha pagado los reditos hasta el año de 650.

Fol. 6. & 113. El año de 1631. el Doctor D. Pedro de Eslaua, como nieto de Teresa Gutierrez, hermana del fundador, ante el Ordinario obtuuo sentencia, que passò en cosa juzgada, por lo qual fue declarado Gonçalo Martin por Capellan subrepticio, y condenado a dexar la dicha Capellania: y por muerte del dicho Don Pedro de Eslaua pretende el mismo derecho el Lic. Don Rodrigo de Eslaua, y el año siguiente obtuuo sentencia,
Fol. 18. y le fueron notificados diferentes autos con censuras a Gonçalo Martin, para que no cobrasse mas del censo de Don Gaspar, ni inquietasse sus inquilinos.

Fol. 1. El año de 1640. Don Gaspar ante el dicho Ordinario haze pedimiento, diziendo, que ha de ser condenado Gonçalo Martin, a que le buelua, y restituya todos los reditos q̃ ha cobrado de sus bienes a titulo, y color de Capellan desta Capellania, que hasta el dicho año han importado 820. ducados: porque cõ dolo, y engaño auia persuadido a Doña Isabel del Canto, a que le nõbrasse por Capellã, y le impusiesse el censo de 364.

du-

ducados a ſu fauor ſobre el fundo de Granadilla, y le pagaſſe los reditos atraſſados deſde la muerte del teſtador, lo qual ella auia hecho, creyendo, que era parte para ello, y creyendo, que no eſtaua reuocado el nombramiento de Gonçalo Martin, por las clauſulas ſubſequentes a la primera del dicho teſtamento, contrauiniendo aſsi en eſto, como en la dicha fundacion, a la expreſſa voluntad del teſtador, que la mandò hazer de dos años de reditos del cenſo que le pagaua el Doctor Plaza, y en virtud deſta fundacion auia cobrado delos bienes de Don Gaſpar muchos reditos haſta el año de 1628. en el qual eſtando auſente en ſus eſtudios, con el miſmo dolo, y ſubrepcion auia hecho ſinieſtra relacion ante el Ordinario, y conſeguido coluſoriamente autos, y mandamientos, para que Iuan de Montiel en el cenſo de mil ducados de Don Gaſpar le reconocieſſe por los 6649. reales, en cuya virtud auia cobrado muchos mas reditos excesſiuos, y duplicados: porq̃ auia callado la cobrança de los antecedentes, vnos, y otros ſin titulo, ni cauſa juſta, porque la dicha Doña Iſabel del Canto no ſe la pudo dar, no ſiendo, como no era, heredera, ni albacea del teſtador, ni patrona, ni curadora del patron, ni por ningun medio parte para cõtrauenir, y variar las diſpoſiciones, y voluntad del dicho teſtador, con que la dicha fundacion, y nombramiento auian ſido nulos, y en ſu cõſequencia el dicho reconocimiento de Montiel: y aſsi ſe deuia declarar, y que no tenia obligacion a hazerla de otros bienes, auiendo faltado la aſsignacion taxatiua de aquel vienio de reditos, y los demas ſuceſsiuos del cenſo procediente del fundo de Granadilla, por la aniquilacion de ſu valor, en el concurſo de acreedores: y que los autos con q̃ ſe auia compelido a Montiel al reconocimiento, auian tenido injuſticia notoria, atentado, y nulidad inſanable.

Gon-

Fol.9. Gonçalo Martin contesta confessando, que ha cobrado los dichos reditos con justo titulo, y buena fee, porque no obtuuo la Capellania por el nombramiento que le auia hecho el testador en su testamento, sino por el que le auia hecho Doña Isabel del Canto, y el Doctor Plaza, que fueron herederos, y patronos, y que auia sido justa la fundacion a su fauor hecha el año de 614. y tambien el reconocimiento de Montiel del año de 628. por auer sido lo vno consequencia de lo otro: que la disposicion del testador en el legado de la Capellania auia sido demonstratiua: y aunque huuiesse faltado la asignacion, estaua obligado el heredero a dar el legado de otros qualesquier bienes, y que Don Gaspar auia cobrado los 19U500. reales de reditos, en que auia sido graduado en el concurso, y asi estaua obligado a dar la cantidad asignada para la Capellania, que el derecho del Lic. Eslaua por las sentencias de su fauor no tenia legitimacion, porq̃ las tenia apeladas, y no le obstauan los autos de desercion.

Fol.24. La sentencia del Ordinario declara a Gõçalo Martin por Capellan subrepticio, le condena a que restituya a Don Gaspar 820. ducados de reditos, que indeuidamente ha cobrado de sus bienes, y los demas que cobrare hasta la execucion de la sentencia, con que dellos se le baxen, y disquenten los marauedis que importare la limosna de las Missas, que constare auer dicho por razon de la dicha Capellania, por colecturia: declara por ninguna la fundacion del censo de 364. ducados, que hizo D. Isabel del Cãto sobre la viña de Granadilla, y por ningunos los autos de la adjudiciõ, y reconocimiẽto hecho por Montiel de los 6649. reales: manda que D. Gaspar haga la dotacion, y fundacion de la Capellania de cien ducados de principal, que es la cantidad correspondiente a dos años de reditos del censo de mil ducados, en que se resoluiò el

que

que procedia de la viña de Granadilla en fauor del testador, y de su heredero, la qual se haga para el legitimo Capellan, que mejor derecho tenga.

Gonçalo Martin, y el Lic. Eslaua pretenso Capellan, cada vno por lo que le es de perjuizio, apelan de esta sentencia.

El Doctor Don Rodrigo de Miranda Iuez Sinodal de Malaga, en virtud de la comission que se le diò para el pleito pendiente entre el dicho Gonçalo Martin, y Lic. Eslaua en grado de apelacion de las sentencias del año de 31. y de 32. se intrometiò a conocer en esta causa, y auiendo citado a Don Gaspar, declinò pidiendo se abstuuiesse del conocimiento por defecto de jurisdicion, sin embargo el dicho Iuez fue sustanciando con Luis de Orellana procurador, presuponiendo tener poder, y pronunciò sentencia, en que reuocò las del año de 631. y de 632. dada en fauor de los Eslauas, y la del año de 640. dada en fauor de Don Gaspar, declarandole por no parte: por bien hecha la fundacion de Capellania, que hizo Doña Isabel del Canto el año de 614. y assimismo el reconocimiento de Montiel del año de 628. absoluiendo a Gonçalo Martin de todo lo contra èl pedido, y declarandole por legitimo Capellan por los dias de su vida.

Fol. 40.

Don Gaspar, y el Lic. Eslaua, saluo el derecho de la nulidad, cada vno por lo que le es de perjuizio, apelan desta sentencia, y el Doctor Don Domingo Sanchez de Arroyo, Iuez Apostolico en esta Corte, la reuoca, como en ella se contiene, y confirma la del Ordinario dada en fauor de D. Gaspar: de la qual Gonçalo Martin, y el Lic. Eslaua apelan ante V. S. I. Gonçalo Martin alega lo mismo, q̃ en la primera instancia. El Lic. Eslaua no alega cosa alguna: con que queda referido todo el hecho desto pleito.

N. 1. Diferencia de legados. La diferencia de los legados de taxacion, y legados de demonstracion, es resolucio comun, que se induce del contexto de las oraciones, y periodos cõ que manifiestan su voluntad los testadores, a cuyas palabras, careciendo de ambiguidad, no se les deuen dar interpretaciones presumptiuas, aũque sea en fauor de causas pias, tradit Ancharr. consf. 79. Felin. in cap. in præsentia, de probat. col. 7. vers. nota. Marsilis singul. 151. Tiraquell. de priuileg. piæ causæ, priuil. 165. ni se deue el entendimiento apartar de lo que significan, si con euidencia no consta de la mente contraria, text. in l. non aliter, ff. de legat. 3. ibi: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*; quia ea præsumitur mens loquentis, quæ eius verba preseferunt, arg. l. Labeo. §. idem, ff. de supelectile legat. antes en caso que la inteligencia necessitasse de conjeturas, se deue tener por expressa voluntad la inducida por ellas, ex l. cum proponebatur, ff. de legat. 2. Mantic. de coniectur. lib. 3. tit. 3. nu. 10. Gratian. discept. forens. cap. 350. num. 9. y en caso de dudar, pro regula tenendum est, quod legatum sit potius taxatiuum, quam demonstratiuum, sic est Doctorũ sententia quam tradit Andreas de Isern. in cap. 1. de notis feudalibus, D. Couarrub. in cap. Rainutius, §. 10. num. 8. versic. Secus tamen erit, tom. 2. quod iubat adequata præsumptio, scilicet, testatorẽ noluisse grauare hæredem extra rem asignatã, vt in l. Paulo Chalimaco, ff. de leg. 3. §. Iulius, Menoch. lib. 6. præsump. 168. Purpurat. consf. 242. num. 6. lib. 1. quia magis præsumitur diligere hæredem quam legatarium, l. Titia, §. qui in vita, l. vnum ex familia, §. si rem tuam, ff. de legat. 2. idem Mantic. lib. 7. tit. 1. num. 9. Lara de Aniuers. & Capell. cap. 3. nu. 8. licet ob hanc charitatis

præ-

prælationē legatum vertatur inutile; vt in l. Meuius, ff. de legat. 2. Nec obstat, quod cedat in causam piam Capellaniæ quia Capellanus institutus cū onere Missarum tenetur, vt verus legatarius in cuius vtilitatem vertitur legatum quo ad mercedem; Burs. cons. 236. n. 109. lib. 3. cū alijs per Thesaur. quæst. 86. n. 1. & per Gratian. 2. discept. cap. 350. num. 32. Y assi no procede en este el priuilegio cō tanta extēsion, como en otros legados pios.

N. 2. Legado de taxacion. El legado de taxacion procede, quando el testador en vna mesma oracion, y periodo cerrado, hoc est, quod vnica oratione, & verbo Regatur, pronuncia el legado, y la assignacion del, que entonces es taxatiua, & deficiente re assignata pro legato nil aliud hæres præstare tenetur sic docet Bart. in l. in repetendis, ff. de legat. 3. col. 2. & in l. Seia, §. Caio, ff. de fundo instruct. probatur, ex l. si quis seruum, §. si quos legauerit, & l. Lutius Titius, §. ciuibus, ff. de legat. 2. l. nomen debitoris, §. vni ex hæredibus, ff. de legat. 3. l. cum certus numerus, ff. de trit. vino, & oleo. legat. Rotæ decis. 11. in antiquioribus, num. 8. Menoch. cons. 1162. nu. 15. Gratian. discept. forens. tom. 2. cap. 256. num. 1. Mantica de coniect. lib. 9. tit. 3. num. 20. & D. Couarr. dict. cap Rainutius, §. 10. num. 8. Ioann. Garcia de expensis, cap. 4. a num. 37. vsque ad 40. Merlin. tom. 2. controuers. forens. cent. 2. cap. 46. a num. 20. & latissime in cap. 82. à num. 1. vsque 12.

N. 3. Legado de demonstracion. El legado de demonstracion procede quando el testador en vna oracion, ò clausula puramente legasse cantidad cierta, y determinada, y luego en otra oracion, y periodo separado pronunciasse la assignacion, que entonces seria demonstratiua: y aunque faltasse la especie de la assignacion, tamen hæres teneretur pro legato, sed sine dispēdio rei familiaris, sic probatur ex l. quidam testamento, ff. de leg. 1. & ibi Bart. l. Lutius Ti-

Titius, ff. de alimentis, & cibar. legat. l. ex eo, ff de tritico vino, oleo, legat. l. in conditionibus, §. hæc scriptura, ff. de cond. & demonst. l. inter stipulantem, §. Sacram, ff. de verbor. obligat. vers. Si stipulatus, l. si seruus legatus, ff. de legat. 1. §. quinque, glos. in Clementin. 1. de præbendis, verb. Dignitatibus, Alexand. cons. 216. num. 3. lib. 7. & prædictam distinctionem latius tradunt Surd. de aliment. tit. 4. quæst. 26. num. 7. Gratian. discept. forens. tom. 2. d. cap. 256. & tom. 5. cap. 988. num. 23. Vicent. de Franch decis. 483. num. 6 & decis. 721. Felician. de censib. lib. 2. cap. 5. num. 7. tom. 1. Ses. decis. Aragonens. 42. num. 2. Felin. in cap. super litteris, num. 4. Mantic. Ioann. Garcia, Merlino vbi supra.

N. 4. Legado condicional. Alia autem species legati est, scilicet, conditionalis, veluti, quando el testador pronuncia el legado, y la assignacion denotada con relatiuo, y verbo de participio de tiempo futuro, hoc est, lo que procediere de los frutos de tal fundo, lo que importaren los reditos de tal censo: porque en este caso, etiam si quantitas liquida, & suma determinata legetur de illis fructibus, vel reditibus futuris taxationem inducit, quibus deficientibus, nil hæres præstare tenetur aliunde, sic Bart. in l. 1. ff. de condition. & demonst. num. 35. text. in l. si debitor. §. 1. ff. de contrah. emption. l. si quis seruum, ff. de legat. 2. §. si quis ita legauerit, l. cum certus numerus, ff. de trit. vino, oleo legat. ibi: *Cum certus numerus amforarum vini legatus esset ex eo quod in fundo Semproniano natum erit, non amplius deberi placuit, & quasi taxationis vicem obtinere hæc verba (quod natum erit)* tradit Peralt. in dict. l. si quis seruum, num. 5. Spino in specul. test. glos. 14. de legatis sub conditione, nu. 90. Cuiat. lib. 2. obseruat. cap. 39. Pichard. in §. ea quoque res, instit. de legat. num. 4. Verol. cons. 17. num. 23. vers. Secundum est, lib. 2. & Simon de Pretis de inter-

terprætat.vltimar.volunt.lib.2.num.259 Ioannes de Amicis conſ.46.num.8.Gratian.diſcep. forenſ.tom. 2.cap.256.num.39.

N.5.

Legado ad cauſam piã; y ſu priuilegio.

Hæc ita generaliter procedunt verum tamen in legatis taxatiuis ad pias cauſas ſunt quędam priuilegia, quibus legata tenent etiam ſi res taxatiuæ aſsignata deficiat, pero ſin apartarſe el entendimiento de la voluntad del teſtador, que aſsignò el legado en frutos, ò reditos de dos años, y no en la ſuerte principal, y aſsi la taxacion hecha en los decurſos, ò decurrentes à tiẽpo determinado, y preciſo de dos años, es demonſtracion para en quanto a los demas futuros, cõ la meſma preciſion de vienio, de tal manera, que ſi no huuo, ò no fueron ſuficiẽtes, primi vienij fructus ſeu reditus aſsignati ad implementum legati fiat ſupletio ex fructibus, vel annuis reditibus duorum ſequentium annorum quorum fertilitas compenſat ſterilitatem precedentium, probatur ex l. Firmio Heliodoro, ff. quando dies legati cedat, l. legatum, §. vini falerni, ff. de annuis legat, l. ex eo, ff. de tritico, vino, oleo, legat. Surd. de alimentis, tit. 4. quæſt. 26. num. 11. & 13. Simon de Præt. de interpræt. vltim. volunt. dict. lib. 2. num. 259. Veroi. conſ. 17. nu. 23. lib. 1. Gratian. diſcept. forenſ. 256. num. 40 & 41. & licet fundus tacite ineſt obligatus legato, ex l. vlt. ff. de contrah. empt. l. liberto, iuncta gloſſ. ff. de annuis legat. ampliatur ex priuileg. piæ cauſæ ad actionem hipotecariam fundi ſpeciem per ſequentem pro fructibus proceſuris, Bart. in l. ſiquis libertum 2. ff. de alim. & cibar. legat. & in l. Lutius Titius libertis, ff. eodem, & in l. Caius, ff de annuis legat. & in hoc caſu procedunt tradita a Tiraq. de priuileg. piæ cauſæ, priuil. 63. & ampliatur in caſu alienationis rei legato aſsignatę, quia non videtur ademptum legatum, nec à priore voluntate receſiſſe teſtatorem, cum non pręſumatur preciſſe ex ea legatum ſolui voluiſſe,

luisse, sed pro legato potius esse obligatam, vt Mant. de coniect. lib. 12. tit. 6. nu. 24. & 25. decis. Rotæ in recentior. 149. num. 6. & 19. p. 7. sed nullatenus priuilegium piæ causæ ampliari potest ad species rerum, neque demonstratiuæ, neque taxatiuæ asignatas: como lo es el principal del censo de mil ducados, que possee Don Gaspar por herencia del testador.

N. 6. El legado de esta Capellania es taxatiuo, y condicional.

Quibus sic præsupositis, parece q̃ seria hazer grande violencia al entendimiento, sugetarlo a presumir, que el legado desta Capellania no sea de taxacion, assi por auerlo pronunciado el testador copulado con la asignacion de los dos años de reditos sucessiuos a su muerte en vna oracion indiuidua, como por la enunciacion con relatiuo, y participio, que lo hizieron cõdicional, denotãdo la exacion en cosa de futuro euento, diziendo: *Desde el dia en que yo muriere, hasta en dos años cumplidos, corra vn censo que yo tengo sobre la viña de Granadilla, que vendi al Doctor Plaza, y la suma que montare este redito de los dichos dos años del dicho cẽso, quiero que se imponga para dote de vna Capellania:* cõ que no pudo tener puridad hasta el dia de la exaccion de los dichos reditos, q̃ auian de correr dos años despues de su muerte, y assi quedò sugeto el legado a la esterilidad, y minoracion superueniente por la ilacion de aquel termino, *y la suma que montare*, que es lo mismo que si dixera, lo que procediere, ò lo que resultare de aquel redito de los dichos dos años, quiero que sea el dote de la Capellania: y supuesto que quando el heredero llegò a tratar de la exaccion de los dichos reditos, hallò el fundo de Granadilla concursado donde estaua fundado, y situado el censo de que auian de proceder: y en la subastacion del fundo, no solo no huuo para cobrar reditos algunos; pero ni para la suerte principal del dicho censo, pues quedò resuelto, y reducido solamente a mil ducados, porque lo de-

demas de ſu valor lo conſumieron los acreedores del teſtador, y no ſe pudo computar en bienes ſuyos, niſi quod ſuper ſit deducto ęre alieno, l. ſubſignatum, ff. de verbor. ſignific. parece que le faltò al heredero la accion de recuperar los reditos, no auiendo, como no huuo de los bienes del deudor comun, ni de la ſuſtancia del fundo, de q̃ recuperarlos, quia inanis eſt actio quam inopia debitoris excludit, l. nam is, ff. de dolo, y conſiguientemente carece de accion el legatario para conuenirlo a la ſolucion del legado: y aſsi reconociendo la verdad deſta doctrina los Abogados contrarios alegan, q̃ D. Gaſpar ha cobrado todos los 19500. reales de reditos corridos deſde la muerte del teſtador, haſta el dia de la ſentencia de graduacion del cõcurſo, con q̃ ſe halla obligado a la exhibiciõ delos dos años aſsignados para el legado de la Capellania, lo qual ſi fueſſe cierto, no es dudable que la obligacion era legal, pero es hecho ſupueſto, y contrario a la verdad, y realidad conſtante de eſtos autos.

N.7. Y aunque no han tocado otro punto, que les pudiera ſer mas vtil ſi ſe ajuſtaſſe al caſo, ſcilicèt, quod ex mora recuperandi illos reditus tẽpore oportuno proceſsit in exigibilitas ob quam hæres teneretur ad legatum ſoluendum: parece que a la agudeza del ſeñor Auditor en ſus dubios no ſe le paſsò por alto, ex l. 1. C. quæ deſunt aduocatis partiũ, y ſerà preciſo reſoluer eſta queſtion, porque no nos embarace la corriente de las demas.

La execuciõ de el legado pio incumbe a los albaceas, y al Ordinario.

Regularmente para el cumplimiento de los teſtamentos, y legados ſe concede por derecho vn año de termino, aſsi a los herederos, como a los albaceas, a quien la ley de Partida llama cabeçaleros, l. 6. tit. 10. part. 6. Matienç. in l. 14. tit. 4. lib. 5. Compil. Authent. de Eccleſiaſt. tit. §. ſi quis hæreditatem, tradit Couarr. in cap. 3. de teſtam. num. 2. el qual termino parece que

la

la ley Real insinua desde el dia de la muerte del testador, y no de la adicion, porque la substancia, y valor del testamento no pende de ella, vt tradit Peralta in l. cum quidam, ff. de legat. 2. num. 9. Spino glos. 28. nu. 11. pero Thom. Sanch. tom. 2. cons. moral. lib. 4. cap. 1. dub. 51. num. 20. tenet à die mortis, & monitionis factæ hæredibus, vel executoribus per iudicem, vt legitimè constituantur in mora, Ancharran. in d. cap. 3. de testam. num. 5. Padill. in Authent. Hoc amplius, C. de fidei commiss. num. 16. qui sic explicat legem 6. tit. 10. par. 6. dicentem annum currere à die mortis testatoris; pero en los legados pios, que no necessita su execucion de la adicion, dizen los Doctores, que el termino deue ser de seis meses corrientes desde el dia de la insinuacion del testamento, coram iudice, vt in Authent. de Ecclesiast. tit. §. si autem legatum, Panormitan. in dict. cap. 3. de testam. & in cap. Rainaldus, eodē titul. §. 3. num. 11. sed vtrum terminus sit annalis, vel semestris, de hoc nobis non est præcipua quæstio, sed solum, quod munus exequendi testamentum, maximè in legatis pijs præcipuè competit executoribus testamenti, quos videtur adstringere verba imperatiua absolutè prolata a testatore veluti (*fiat tale opus pium*) adimplementum intra terminum iure assignatum, text. in l. nulli, C. de Episcop. & Clericis, Authentic. Hoc amplius, C. de fidei commiss. cap. nos quidē, de testament. nisi legitimo impedimento excusentur, vt mora non aficiantur, l. si nemo, ff. de testament. tutel. l. 3. ff. de statu liber. l. qui filio, ff. de hæredib. instituend. l. 1. C. de annali exceptione, c. quia diuersitatē, de concessione præb. y assi estàn obligados a requerir al heredero, que cumpla el testamento: y no lo haziendo en el termino assignado, ò por el testador, ò por derecho, ellos lo deuen cumplir indistintamente, vt probatur ex l. prohibetur, §. Clam, ff. quod vi, l. creditor,

C. de

C. de distractione pignor. Bart. in l. alio, ff. de aliment. & ciu. leg. col. 5. num. 4. Ancharran. in cap. tua nobis, de testam. de que resulta, que la misma obligacion incumbe a los Obispos, ò sus Vicarios, que deuen cōpeler a los albaceas executores del testamēto al cumplimiento de la voluntad de los testadores, aunque ellos mismos ayan prohibido esta intromision de el Iuez Eclesiastico, text. in cap. Ioannes, de testam. d. c. nos quidem, & cap. tua nobis de testam. cap. si hæredes, eodem titul. dict. Authent. de Ecclesiast. titul. §. si quis autem pro redemptione, coll. 9. & cap. 8. Concil. Trident. sess. 22. ibi: *Episcopi omnium piarum dispositionum, tàm in vltima voluntate, quàm inter viuos sint executores*, & in tantum procedit, que aunque los albaceas sean exemptos, los deuen cōpeler, vt in Clement. 1. de testament, & etiam capitulum Sedevacante, hoc munus habere videtur, vt DD. in dict. cap. Ioannes de testam. cap. 16. Concil. Trident. sess. 24. Calderin. in titul. de testam. cons. 13. Supuesto lo qual, no se puede dezir, que la mora precisamente ha de recaer contra el heredero, pues no fue de su obligacion este cumplimiento: y quando no asistieran estos fundamentos de derecho a Maria de la Plaza, heredera fiduciaria de nuestro testador, tampoco puediera auer mora que le fuesse nociua en la exaccion de aquel vienio de reditos asignados para la Capellania, supuesto que siendo pupila, y estando debaxo de la patria potestad del Doctor Bernardo de la Plaza su padre, no le era posible exercitar acciones contra el, como deudor de los dichos reditos, ex l. lis nulla, ff. de reg. iur. cum vulgat. gloss. in l. fin. C. de bonis quæ liberis, Vantius de nullitatib. rubric. ex defectu in habilitatis, num. 4. Y aunque por muerte de la susodicha sucedieron en la herencia del testador, Don Gaspar, y sus hermanos, que siendo fideicommissarios se les transfirieron las mis-

mas acciones actiuas, y pasiuas, l. 1. ff. ad Trebellianum, tuuieron el mismo impedimento, y imposibilidad, por auer quedado en la mesma patria potestad, hasta la muerte del dicho Doctor Plaza, q̃ fue el año de 614. y luego trataron de la exaccion de los dichos reditos en el fundo de Granadilla, que quedò por sus bienes, del qual hallandole concursado desde el año de 610. no les fue posible hasta el de 624. que se pronunciò la sentencia de graduaciõ, tener efecto de sus diligẽcias, como todo consta de los autos deste pleyto, ergo ex nullo capite mora recuperãdi illos reditus asignatos potuit hæredibus esse nociba, nec pœnalis.

Fol. 19. & 63

N. 8.

No se cõtrauiene el legado pio de la Capellania, por la minoracion de la merced, ò limosna de las Missas.

Y en caso que por el priuilegio de la causa pia se deuiesse hazer suplemento de la esterilidad de aquel vienio de reditos, con otro de los del censo de mil ducados, en que quedò resuelta toda la herencia; quando ex vtraque parte, videretur quæstio agitata, & perplexitate afficeretur intellectus semper fuit laudabile iudicibus mediam viam, quodammodo eligere, & tuta conciencia operatur, Iustinian. §. ideo, institut. quibus ex caus. manum. non licet, l. antiquitas, ff. si pars hæredit petatur, ibi: *Medietatem quandoq;*, l. non sine, C. de bon. quę lib. Bald. in l. Præses, C. de sententijs omn. iudic. Felin. in cap. 1. de const. Abbas in cap. licet causam, de probat. Ancharran. cons. 210. Socin. cons. 150. vol. 1. decis. aurea Boerij 42. n. 39. No por esto se nos puede oponer, que seria faltar la obra pia este defecto de la integridad del legado; pues nõ abrogatur cum pars detrahitur, l. derogari, ff. de verb. sign. ni se cõtrauiene à la volũtad del testador en esta minoraciõ: Quid ergo interst defuncto, vel gloriosum est eternæ saluti, quod merces Missarum, sit copiosa an moderata? cum solum opus pium existat respectu animę salutis, non verò vtilitatis priuatæ, & mũdi honoris, aut perpetuæ famæ, vt Bartol. in l. si quis Titio, ff. de legat. 2. Siluest.

in

in ſum. rubr. de legat. 4. ad pias cauſas, charitas enim teſtatoris non dirigitur ad vtilitatem Capellani, ſed ad ſuam ſpiritualem ſalutem, quæ ſolum procedit ex opere operato in ſacrificio Miſſæ, provt opus oblationis eſt, abſque dependentia offerentis Deo propiciatorium, & ſic operatur per ſe, tradit Valent. ſup. Diuum Thom. diſp. 6. quæſt. 4. §. 19. de ritu, & oblatione Euchariſt. & quæſt. 11. §. 7. & §. 25. lib. 1. controuerſ. cap. 4. de Miſſæ ſacrificio, Hurtad. de Sacrament. tom. 2. diſp. 3. dificul. 6. Vazquez diſp. 229. cap. 2. Ægid. cap. 1. dub. 8. Putean. artic. 1. dub. 5. & Concil. Tridentin. cap. 1. ſeſſ. 22. ibi: *Et hæc quidem illa mundata oblatio eſt, quæ nulla indignitate, aut malitia offerentium inquinari poteſt*; licet Scot. quodlibet. 20. & Suar. diſp. 79. tenẽat non quo ad omnes effectus, vim habere ſacrificiũ ex opere operato; quia hoc debet intelligi, quo ad efficaciam, non quo ad ſuficientiam, quę eſt infiniti valoris, & tamen non ſemper infinitè operatur per cauſas ſpeciales, vt latius Sot. lib. 9. de iuſtit. quæſt. 2. articul. 2. concl. 2. & ali quam plurimi ex Theologorum ſchola. Eſtos fundamentos pudieron mouer la ſentencia del Ordinario a mandar fundar la Capellania para el legitimo Capellan de la ſuma de dos años de reditos del cenſo de mil ducados, que oy exiſte, y eſtos mouieron a Don Gaſpar a ſu ofrecimiẽto piadoſo de la miſma cantidad, quibus probatum videtur legatum noſtri teſtatoris eſſe taxatiuum, ſecundum præſupoſita Articuli Primi.

ARTICVLO SEGVNDO.

N. 9. Supueſta la voluntad del teſtador en la formalidad del teſtamento, quanto a la fundacion de la Capellania, nombramiento de Capellanes, inſtitucion de herederos, y patronos, Doña Iſabel del Canto, ni fue par-

La fundaciō que hizo Doña Isabel del Cāto el año de 1614. y el reconocimiēto que hizo Montiel el año de 628. fueron actos irritos, y nulos.

te, ni tuuo titulo alguno para fundar el censo de 364. ducados el año de 614. en fauor de Gonçalo Martin, aunque fuesse Capellan legitimo, porque ni fue heredera, ni patrona, ni albacea, ni hizo acto justo en contrauenir a la voluntad del testador, ni se puede assistir la presuncion, de que quando actus substineri non potest prout factus apparet debeatur intelligi modo, vt substineatur; gloss. in l. cohęredi, §. cum filię, ff. de vulgari, & pup. subst. ubi latè Iasson. l. Scebola, ff. ad Trebell. antes siempre fuera irrito, y nulo, aunque tuuiesse titulo, y causa de executarlo; siendo con alteracion de la voluntad del testador, l. cum antiquit. C. de testament. §. & si hoc, *vers. Sic etenim, & naturæ medemur, vt mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.* Authentic. de iur. iurand. à moriente præstit. collat. 5. ibi: *Semper hanc vnam habemus intentionem dispositionem morientium esse firmas, nisi resultent legi, & aperte contrariæ sint ijs, quæ illi placent*, l. ambiguitates, C. de testam. ibi: *Nulli licentiam concedimus testatoris voluntatem subuertere*, l. 1. ff. si quis omissa caus. testament. l. si Pationi, ff. ad Trebellianum, cap. tua nobis, de testam. ibi: *Secundum voluntatem defuncti omnia peragantur*, cap. nos quidem, eodem titul. ibi: *Cuncta secundum voluntatem defuncti, sine altercatione constituere*, cap. admonemus 16. quęst. 1. cap. vltima voluntas 13. quæst. 2. l. 1. C. de Sacros. Eccles. l. 7. titul. 10. part. 6. l. 14. titul. 4. lib. 5. Compil. quæ iura hæredes, & executores testamenti seruare tenentur: pues si el nombramiento de Capellan no se lo quiso dexar el testador a Gonçalo Martin, ni quiso que la fundacion se hiziesse de otra cosa, sino de lo que importasse el redito de dos años sucessiuos a su muerte del censo, que le pagaua el Doctor Plaza, lo qual se impusiesse en fincas legas, llanas, y abonadas; como es possible que sea tolerable, nombrar Doña Isabel a Gonçalo Martin por Ca-

pe-

pellan, y hazer la fundació en el fundo de Granadilla, que ni era suyo, ni del testador, ni de sus herederos, ni era finca abonada, como se viò por el sucesso, que tuuo en el concurso de acreedores: Actos que ni los mismos herederos, y patronos pudieran hazer, y hechos tuuieran la mesma inualidacion; ni aun en caso que el fundo de Granadilla fuesse de los herederos, y que Doña Isabel del Canto fuesse su tutora, no podia hazer semejante imposicion de su autoridad: porque no executaua la voluntad del testador; y porque los tutores, ò curadores no pueden hazer acto de enagenacion de los bienes de sus menores, como lo es la imposicion de vn censo, sin decreto de juez, causa cognita iuxta necessaria vtili, & probata, l. & si Præses, C. de prædis minor. l. si pupilorum, §. 1, ff. de rebus eorum; l. magis puto, §. nec passim, ff. eodem titul. Gratian. disceptat. forens. cap. 242. nu. 4. ni tampoco pudo pagar a Gonçalo Martin en virtud de la dicha fundacion, los reditos anteriores, y posteriores de los bienes de los menores; ni los pudiera donar al dicho Capellan por ningun camino, puesto que donare est perdere, y asi no lo pueden hazer los tutores, l. contra iuris, §. si filius, ff. de pact. l. prohibere, §. planè, ff. quod vi, aut clam, l. si filius, ff. de donat. Alexand. in l. 1. ff. de verbor. oblig. col. 2. num. 14. vers. Dico tamen; quod illa, & Bald. in l. 1. C. si aduersus donationem, nec interueniente consensu cum iuramento ipsius minoris contractus substineri potest, vt DD. in cap. cum contingat, de iure iurand. & in Authent. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit. ni se puede dezir q̃ si D. Gaspar fuesse heredero de D. Isabel del Canto, no pudiera contrauenir a este acto, ex vulg. l. cum à matre, C. de rei vend. l. si ab eo, C. de liber. caus. porq̃ ea non tenebatur pro implemento alienæ voluntatis licet videatur per se obligata cum non ageretur suo nomine, l. fin. ff. de instit. act.

 y asi

y assi no fuera côtrauenciô, pero lo cierto es, q̄ D. Gaspar no es su heredero, por lo qual no nos detenemos en este punto: y no podemos negar, que si ella huuiera executado acto justo, en quâto a auer hecho la fundacion de los dos años de reditos sobre fincas abonadas, donde consistiera, se avria de sustentar en fauor de los legitimos Capellanes, aunque en quanto al nombramiento de Gonçalo Martin fuesse injusto: *Quia quæ conueniunt secundum effectum, & secundum finalem causam conueniunt simpliciter, & facta tenet licet à non parte*, l. Titio cum esset Romę, ff. ad municip. l. 2. ff. de origine iuris, l. hęc conditio 10. ff. de cond. & demonst. l. si mater, C. de inst. & subst. Surd. cons. 72. num. 3. & 4.

N. 10. No se deue poner en questiõ la reuocacion que el testador hizo del nombramiento de Capellan a Gonçalo Martin en el mismo testamento, pues es llano, q̄ lo pudo hazer directè, ò indirectè, por palabras absolutas, exclusiuas, ò presuntiuas de su contraria voluntad, quæ quomodocumque constet etiam si anteriorē vinculo iuramenti roboratam enunciasset semper firma seruari debet: *Nemo enim eam legem sibi imponere potest a qua non posit in testamentis condendis recedere*, l. si quis in principio testamenti, ff. de leg. 3. l. 4. ff. de adimendis legatis, l. cum hic status, §. penitentiam, ff. de donat. inter virum, cap. vltima voluntas 13. q. 2. cap. cum martæ, de celebrat. Miss. l. 22. l. 25. tit. 1. p. 6. Couarr. in rubr. de test. 2. part. nu. 15. Anton. Gabr. lib. 2. communium opin. concl. 1. num. 8. Ioan. Gutierr. de iuram. 2. p. cap. 1. Anton. Gom. in l. 3. Tauri, nu. 96. & alij quam plurimi: y assi reconociendo esto Gonçalo Martin, confiessa, *que el no obtiene la Capellania por el nombramiento que le auia hecho el testador, sino por el que le hizo D. Isabel del Canto, como heredera, y patrona*, sin auer reparado sus Abogados en la institucion, y substitucion de herederos, q̄ consta de este pleito, hechas en

El testador reuocò el nõbramiẽto de Capellan, q̄ auia hecho a Gonçalo Martin.

Cõstat fol. 9

Maria

Maria de la Plaza, y en sus hermanos, cō el nōbramiē-
to de patronos: y sin reparar, que ni ellos le pudierā ha-
zer tal nombramiento, en contrauencion de los lla-
mamiento hechos por el testador en fauor de Piñero,
y de los nietos de Teresa Gutierrez su hermana: si bien
no negamos, q̄ los patronos pudieran nombrar a Gon-
çalo Martin, como a otro qualquiera, por seruidor de
la Capellania (estando fundada) en el interin que fues-
sen de Missa los expressamente llamados, en confor-
midad de las palabras de la clausula, que suenan: *Y con
esta condicion la tenga el que la siruiere en el interin q̄ sea
de Missa qualquiera de los nietos de la dicha mi herma-
na* que aun no dexa nombrado por este interin a Gon-
çalo Martin, para que tuuiesse alguna causa de hazer
instancia en obtener nombramiento de seruidor, quā-
to menos de Capellā perpetuo: de que se resuelue, que
la persuasion con que obligò a D. Isabel del Canto a
esto, fue vna obrepcion, y subrepciō, verborum in vo-
lutione, & falsi afirmatione, scilicèt, quod ipse erat le-
gitimus Capellanus perpetuus, nominatus à testatore
cuius voluntas permanebat constanter in testamen-
to, quæ omnia non bona fide, nec sine periculo salutis
ęternę perpetrantur, y es cierto, que si Doña Isabel del
Canto tuuiera noticia entera de las clausulas del testa
mento, neutrum adimpleret, sed verum est ignorā tia
facti nō iuris excusari, l. qui cum alio, l. ignorantia, ff.
de reg. iur. mas el mismo Gonçalo Martin no las pu-
do ignorar, ni se puede escusar con ignorancia de la
reuocacion, supuesto que todo constaua por el con-
texto de vn mesmo testamento, in scriptis sub eodem
sigillo conditum, de cuya insinuacion se manifestò la
voluntad notoriamente: y assi lo viene a comprobar
contra si, pues confiessa, *que no tuuo el nombramiento
por el testamento, sino por el que le diò Doña Isabel del Cā-
to*, con que fue visto no auer ignorado su reuocacion, Cōstat fol. 9

ni

ni ſe preſume, ni pudiera, valiendoſe del miſmo teſtamento, text. in cap. cum olim, de cenſib. l. Publia, §. fin. ff. de poſit. Bart. in l. poſt legatum, ff. quibus, vt indignis, Bald. in l. cum precum, C. de liberal. cauſ. Boer. decif. 252. num. 3. Pariſ. conſ. 123. num. 20. vol. 1. & quam plurimi adducti à Surd. in conſ. 5. num. 37.

N. 11. De que reſulta, que fue Capellan intruſo, y ſubrepticio, y por conſequencia llana poſſeedor de mala fee, con que por ningun medio pudo hazer los frutos ſuyos, antes eſtà obligado a la reſtitucion dellos, non ſolum poſt litem conteſtatam, ſed ante litem conteſtatam, text. in l. certum eſt 22. C. de rei vendic. l. aduerſus 4. C. de crimine ſpilatæ hæredit. l. 43. ff. de adquir. rer. dom. qui nec præſcriptione iubari poſſet, ex regula poſſeſſor, de reg. iur. aun en caſo que la fundaciõ ſe huuieſſe hecho legitimamente, quanto menos auiendo ſido acto irrito, y inualido, y aſsi tuuierõ la meſma calidad los reditos que en ſu virtud cobrò haſta el año de 614. y los corrientes haſta el año de 628. y con mayor razon los que deſde entonces ha cobrado haſta el año de 650. en virtud del reconocimiento que le hizo Iuan de Montiel en el cenſo de mil ducados: porq̃ ſegunda vez cumulò la meſma ſubrepciõ, ſupueſto que cõ falſos preſupueſtos de que era Capellan legitimo, y que la fundacion no eſtaua hecha, y que ſe deuian todos los reditos, y que Don Gaſpar en el concurſo auia cobrado enteramente todos los reditos del cenſo procediente del fundo de Granadilla, y litigando con vn curador ad litem de dos hermanos menores de Don Gaſpar, en ſu auſencia obtuuo ante el Ordinario el auto de adjudicacion, ò reconocimiento por los 6649. reales de principal, y reditos de la dicha Capellania, el año de 1628. lo qual tuuo la miſma nulidad, y iniquidad, que todo lo demas antecedente, por el defecto de verdad en los preſupueſtos, y ſobra de pertinacia, y deſ-

Gõçalo Martin fue Capellan ſubrepticio, y poſſeedor de mala fee, y deue reſtituir los frutos.

N.12. La Regla de Cancellaria de triennali possessore, no procede en los terminos de este pleyto.

No es del caso deste pleyto la decision de la Regla de Cancellaria de la trienial possesion, antes fue ignorancia crassa auer violentado semejante alegacion, y culpa lata auerse motiuado la sentencia del Sinodal con este pretexto: porque el decreto del Concilio Basiliense, de quien tuuo principio esta regla, que puso en vso el Pontifice Calixto, la decidiò en estas palabras: *Item statuit, & ordinauit Dominus noster, quod si quis quacumque Ecclesiastica Beneficia qualiacumque sint, absque Simoniaco ingressu ex Apostolica, vel ordinaria collatione, aut electione, & electionis huiusmodi confirmatione, seu præsentatione, & institutione illorum ad quos Beneficiorum huiusmodi collatio, prouisio, electio, & præsentatio, seu quauis alia dispositio pertinet, per triennium pacificè possederit, dummodo in Beneficijs, si dispositioni Apostolicæ ex aliqua reseruatione generali in corpore iuris clausa reseruata fuerint, se non intruserit, super eisdem Beneficijs taliter possessis molestari nequeat, &c.* Vt traditur apud Ludouic. Gomec. Episcop. Sarnens. quod non tantum fauore possidentis, sed odio negligentis introductum fuit, ex decreto Concil. Calcedonensi volente Ecclesiarum Parrochias, vel possessiones post triennium manere incōcusas, sed tamē non separatur ab anima legis, quæ ratio dicitur, c. secundo requiris, de apell. cap. fin. de iure iur. lib. 6. Ideo que sub ea non continentur Simoniacus, & intrusus, & nō habens titulum saltim, coloratum, quia conditor se conformari voluit iuri communi, quantum fieri potest, cap. cum dilectus, de consuetud. & iure communi in triennali præscriptione requiritur titulus, l. 2. ff. de vsucapio. ex quo est, quod execrabilis, scilicèt, qui habet titulum infectum à iure, tuetur, licet titulus sit nullus, donec declaretur, cap. cum secundum, de hæretic. cap. licet Episcopus, de præb. lib. 6. Verum non sufficit solus titulus, si bona fides nō adsit, l. 1. l. super, C. de præscript. long. temp. maximè in foro Canonico, cap. fin. de preſcript. cum cap. possessor., de regul. iur. lib. 6. dict. Gometius quæst. 42. de trien. possess.

In-

Intrusus autem est, qui beneficiũ Ecclesiasticũ habet à superiore, vel priuato interdictum, cap. tanta, de exces. Prælat. vel qui obtinuit à non habente potestatem, illud conferendi, cap. cum venissent, de in integr. restitut. vel qui sine Canonica institutione, cap. ad dezimas, de restit. spoli. lib. 6. Bald. in l. 1. C. de appellat. & in l. si de proprietate, C. si à non compet. iudic. vel qui scit ius benefici ad alium pertinere, & quod ipse non fuit vocatus ab institutore, Oldrad. cons. 136. incipiente ex productis, col. fin. deniq; prędicta regula solum producit meram exceptionem, vt possessor super titulo non molestetur, non vero exclusionem actionis in possessorio, nec petitorio, vt dictus Gometi. q. 58. in fin. non enim iniustum, sed iustũ possessorem defendunt leges, vt communiter DD. in l. 1. ff. de acquir. possess.

N. 13. Las Capellanias no son Beneficios Eclesiasticos.

Sed hæc omnia in Beneficijs Ecclesiasticis procedere videntur, verùm quid ad rem in nostro casu? Cum prædicari nequeant de Capellanijs sęcularibus, & earum seruitoribus, seu Capellanis, quæ nec sunt beneficia Ecclesiastica, nec eorum signa habent, nec comprehenduntur sub dispositionibus de illis loquẽtibus, tàm in iure communi, quàm in regul. Cancellariæ, siquidem prędictæ Capellaniæ, absq; auctoritate Apostolica, à testatoribus instituuntur, vt officientur annuis stipendijs solutis Capellano ex electione patroni laici ad nutum, & ad tempus, & plures teneri possunt ab eodem sine incompatibilitate, cæterasq; rationes disparitatis habent, quibus à beneficijs Ecclesiasticis distinguuntur, sic Andręas Sicul. in Clement. gratiæ, de rescript. Felin. in cap. in nostra, & in cap. ex parte el 2. eod. titul. dict. Gomet. in regul. de annal. possessor. quæst. 20. & latè Gonçal. in regul. 8. Cancell. gloss. 5. nu. 20. cum seqq. Garc. de benefic. cap. 1. nu. 102. Spino in specul. gloss. 4. num. 42. Valasc. consult. 105. num. 26. Rebuf. in praxi. benefic. titul. quid sit, & quot modis dicatur beneficium. Rochus de Curt. de iur. patron. quæst. 7. num. 10. verb. Pro eo quod, Paris. cons. 34. nu. 15. vol. 4. Ioan. Gutier. cons. 8.

num.

num.1.Barbos.in l.diuorcio, §.quod in anno, ff.solut. matrimon.num.7.Petr.Greg.sintagm.iur.2.part.cap.29.nu.5.Guid.decis.178. Azor.lib.10.instit.moral.cap.3. & 2.p.lib.3.cap.8.vers.Tertio quæritur.gloss.singul.in extrauagant.execrabilis,de prebend.verb. Quæ alia, vbi porcionarios vocat istos Capellanos, habentes Altaria, seu Capellas, pro Missis defunctorum anuis stipēdis solutis, cap.penult.de Cleric.non resident, cap.significatum, de præb. nec obstat, quod testator in fundatione absolutè vtatur, verb.Capellania, si forma dispositionis inducat Anniuersarium, seu Capellaniam sæcularem, & profanam, quia talis fundatio legatum pium sencetur, & testator non beneficium facere videtur, sed memoriam Missarum, tradit Zerol.in practic.Episcopali.3.part.verb.Beneficium, versic.10.Lar.de Anniuers.& Capell.lib.2.cap.1.num.22.cum seqq.Sed sic est, quod noster testator Capellaniam sæcularem, & profanam non verò beneficium Ecclesiasticum instituit; ergo Gundisaluus Martin nullatenus sub vmbra prædictę regulæ detrinali possess. potuit se tueri; nec vlla exceptione iuuari. Aunque la Capellania huuiesse sido Beneficio Eclesiastico, supuesto que fue posseedor intruso, con mala fee, sin titulo, ni eleccion de parte ius habente, y sin ser llamado por el instituidor, y sin autoridad Apostolica, en la fundacion: y finalmēte sin otra causa alguna de prescribir, ni dexar de restituir los reditos subrepticiamēte cobrados, como de primo ad vltimū ex prædictis fundamentis patet euidenter.

N.14. Fue justa la sentencia del Ordinario, y del Iuez de Apelacion, y notoriamēte injusta, y nula la del Sinodal.

Huc vsque videtur satis pro nunc in vtroque articulo proposito disceptasse, restat intentionem adimplere circa hanc restitutionem redituum indebitè exactorum, scilicèt, quod precisse exequi debeatur fauore D.Gaspatis, non verò, futuri Capellani: lo qual procede llanamēte, porque supuesta la inualidacion de la fundacion que hizo Doña Isabel del Canto el año de 614. y del reconocimiento que hizo Iuan de Montiel el año de 628. no se puede dezir que

ay fundacion de Capellania constante, que pueda auer reditu ado legitimamente, quando no en fauor del Capellan subrepticio, en fauor del legitimo superueniente, quia nō entis nullæ sunt qualitates, neque vlla producitur actio, l. eius qui in Prouincia, ff. si certum petatur, l. Pomponius, ff. de adquirend. possess. l. si seruum, ff. de acti. empt. l. nec vllum, ff. de pet. hæredit. y parece que resisten dos fundamentos la accion en fauor del Capellan. El primero, que estando, como està, repugnada, y controuertida la fundacion, no solo en la cantidad, sino en la subsistencia, como es possible, que aquello q̄ aun no tiene entidad pueda producir accion exequible en fauor de quien tampoco no assiste con derecho calificado de legitimidad de persona para ser Capellan? supuesto que litiga, & nihil habet in facto esse, potius subuerti potest, & tamē si victoriam fuerit assecutus, salua manet petitio pro reditibus legitimis procedentibus ex legitima fundatione (si qua extiterit) contra hæredem. El segundo, que siendo la batalla de este pleyto por el excesso de la fundacion del dote desta Capellania, y por el excesso de los reditos, y duplicacion de ellos, todos cobrados de los bienes de Don Gaspar, como heredero, la mesma razon de indebito corriera contra el legitimo Capellan, si en su fauor se huuierā hecho las fundaciones excessiuas, que se hizieron en fauor del ilegitimo, y con el mesmo derecho se le repitieran, y los deuiera restituir: luego por razō natural no le puede resultar vtilidad de lo que a D. Gaspar, iactura, l. iure naturæ, ff. de reg. iur. l. nam natura, §. penult. ff. de condict. indebit. l. fin. C. de vsucap. pro empt. l. si quis Præsbyter. C. de Episc. & Cler. y aun en caso que se hallasse con derecho de legitimidad, ya executoriado, è incontrouertible, no podia tener accion para pedir estos reditos indeuidos, que se lleuò el ilegitimo, pues a ninguno dellos fueron pertinentes: *dolo enim facit qui petit, quod restiturus est*, l. in condemnatione, §. vltim. ff. de regul. iur. l. socer, §. Lucius, ff. soluto matrimon. l. 1. §. 1. ff. quo-

quorum legat. l. 3. §. causæ, ff. de Carbon. edict. ni tampoco para pedir los que pudieron ser deuidos, respeto de la fundacion legitima anteriormente, porque aquellos auiã de ser para dezir las Missas de aquel mismo tiempo, y si estas las ha dicho, y celebrado Gonçalo Martin, a el mismo se le deue dar la ouencion, ò limosna dellas, aunque aya sido intruso, y subrepticio, y no a otro alguno, text. formalissimus est, d. l. Titio cum esset Romæ, ff. ad municipalẽ, & l. 2. §. postea cum apius, ff. de origine iuris, de quo latè Tiraquell. in l. si vnquam, verb. Donatione, num. 34. y assi la sentencia del Ordinario, y la del Iuez Apostolico cõdenaron a Gonçalo Martin en esta restitucion, mandando se le descuente della la limosna de las Missas, que huuiere celebrado.

N. 15. Fue justa la sentencia del Ordinario, y de el Iuez de Apelacion, y notoriamẽte injusta, y nula la del Sinodal.

Presupuesto lo referido, bien notoria fue, y es la injusticia, y iniquidad de la sentencia del Iuez Sinodal de Malaga, pues declara a Gonçalo Martin por legitimo Capellã, por los dias de su vida, contra la expressa voluntad del testador: y a D. Gaspar por no parte, siendo su heredero: por legitima la fundacion que hizo Doña Isabel del Canto: y por legitimo el reconocimiento de los 6U649. reales, que hizo Montiel, con que necessariamente construye dos fundaciones para vna sola Capellania, ò vna proposicion de dos contraditorias, pues si es valida la vna fundacion, no lo puede ser la otra, y por el contrario: y quiere que vn posseedor intruso, sin titulo, y con mala fee haga los frutos suyos, absoluiendole de todo, que parece que se juzgò el mismo Gonçalo Martin, ò que como el Iuez era de otra facultad, no consultò Letrado, que le gouernasse el discurso: y no es lo menos la nulidad insanable con que procediò por defecto de jurisdicion, pues no la tuuo para este pleito: y por defecto de parte, y contra parte, pues sustanciò, à instancia de Gonçalo Martin, con vn procurador sin mandato de Don Gaspar, como consta del pleito. Estos fundamentos parece que hazen justas las dos sentencias

del

del Ordinario, y del Iuez Apostolico, y su justicia indubitable, para que V. S. I. se sirua de confirmarlas con la extension que se pide, de que la restitucion sea de mil y ciento y veinte ducados, que consta auer cobrado Gonçalo Martin hasta el año de 650. declarando por ninguna, ò reuocando, en caso que algo sea, la del Iuez Sinodal: en cuya injusticia, y nulidad, por ser tan notorias, no hazemos digressiones con fundamentos de textos, y doctrinas: y porque ea quæ dissolui intendimus, forsan nodis implicata difusionibus non videantur, vt in cap. cũ olim, & ibi gloss. de verbor. signific. cum in negotijs proprijs semper vehetiores simus, ex Oratoris sententia. Quę omnia sub tua tamen dignissima censura, &c.

Lic. D. Gaspar de la Plaza.

desordenada ambicion en sustentar su mala fee, sin que se pueda presumir alguna justificacion en fauor de aquellos actos judiciales por la interuenciõ del Iuez, porque no los califica la obtencion del actor, que vence por defecto de legitimo contraditor, quãdo la causa de litigar es injusta, text. in l. qui habebat, §. scripti, ff. de manum. test. gloss. in cap. 3. de exceptionibus, cap. Canonum statuta, de constitutionibus, aunque fuessen de sentencia passada en cosa juzgada, que pudiera hazer de indebito debitum, vt Bart. in l. 1. ff. de condict. indeb. n. 26. Socin. in l. si non sortem, §. si centum, ff. eod. tit. n. 4. Bursat. decis. 16. verùm tamen non reiectis obstãtibus rei iudicatę, scilicèt, si ex falsa causa, si ex falsis instrumentis, si ex defectu partis, citationis, & iurisdictionis, quæ nullitatem in sanabilem inducunt; pero lo cierto es, que no huuo cosa juzgada, ni tal se prueba en este pleito, sino solo la enunciacion que se haze, de q̃ Iuan de Montiel otorgò el reconocimiento a Gonçalo Martin, compelido por los autos del Ordinario, de que se interpuso apelacion, y sin embargo della: cõ que parece, q̃ a las demas nulidades se agrega el notorio atentado, y asi todos los reditos que por este instrumento fue cobrando, fueron viciosos, no solo indeuidos, pero duplicados, y con dolo mas calificado desde el año de 631. que passò en cosa juzgada la sentencia que obtuuo D. Pedro de Eslaua contra Gõçalo Martin, en que fue declarado por subrepticio, y condenado a dexar el seruicio de la Capellania, y le fueron notificados autos con censuras, para que no cobrasse reditos algunos por esta razon; ergo justamente procede la accion por la restitucion de todos estos frutos, y bastantemente està calificada, sub decision. l. 1. & per totum tit. ff. & C. de condict. indebiti, & indebitum plenè, & concludenter probatum in actis, & secundum Doctorum assertiones, vt Belonius decis. Ianuens. 3. Aimon. consil. 114. num. 6. Rot. decis. 196. num. 3. part. 1. diuers. decis. 150. n. 1. decis. 389. num. 5.